

A TUTELA JURÍDICA DO CONSUMIDOR IDOSO: UM RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE EXTREMA

Andrea Siqueira Martorelli¹

RESUMO

A necessidade de rever os instrumentos e mecanismos disponíveis na sistemática da proteção e defesa do consumidor tem sido cada vez mais constante, principalmente por conta das significativas transformações sociais. O mercado de consumo apresenta realidades cada vez mais intrigadas envolvendo atos de consumo, de forma que os modelos tradicionais de atos de consumo tornam-se ultrapassados rapidamente. Nessa perspectiva, não apenas os atos implementados pelos fornecedores se modificam, comumente é possível observar alterações na postura e no perfil do consumidor inserido no mercado. Sob esse viés, cabe destacar a figura do consumidor idoso, que passa a preencher um espaço cada vez maior nas relações de consumo, quer pelo aumento da população idosa no mundo, quer pela maior facilidade da integração desses sujeitos ao mercado. Para reconhecer a qualidade de consumidor ao idoso, é preciso redefinir o conceito de vulnerabilidade, de forma a poder constatar que a condição etária influencia de forma significativa os atos de consumo. O objetivo do presente escrito é apresentar a estrutura e concepção da tutela jurídica do consumidor idoso, para abordar as principais circunstâncias que exigem uma atuação específica do Estado no propósito de proteger um consumidor portador de uma vulnerabilidade extrema.

Palavras-chave: Defesa do Consumidor. Idoso. Vulnerabilidade.

ABSTRACT

The need to review the instruments and mechanisms available in the systematic protection and consumer protection has increasingly been steady, mainly on account of significant social change. The consumer market has increasingly intrigued realities involving acts of consumption, so that the traditional models of consumer acts become outdated quickly. From this perspective, not only the actions implemented by vendors are modified, usually you can see changes in attitude and consumer profile entered the market. Under this bias, we highlight the figure of the elderly consumer who shall fill a growing space in consumer relations, or the increase of the elderly population in the world, either by greater integration of these subjects to the market. To recognize the elderly as a consumer, you need to redefine the concept of vulnerability, so you can see that the age condition significantly influence the acts

¹ Advogada. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais. Pós Graduada em Direito do Estado.

of consumption. The purpose of this writing is to present the structure and design of the legal protection of elderly consumers, to address the main circumstances that require specific performance of the State in the purpose of protecting a consumer bearer of extreme vulnerability.

Keywords: Consumer Protection. Elderly. Vulnerability.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	4
2	O SUJEITO DE DIREITO CONSUMIDOR	6
2.1	Conceito	6
2.1.1	Teorias instituidoras do reconhecimento da qualidade de consumidor	11
2.2	A TUTELA JURÍDICA DO CONSUMIDOR IDOSO	13
2.2.1	A definição jurídica de idoso	13
2.2.2	A dignidade do consumidor idoso	14
2.2.3	A vulnerabilidade extrema do consumidor idoso	16
2.2.4	As práticas abusivas comumente empreendidas em desfavor do consumidor idoso	19
2.2.5	O consumidor idoso e sua relação com os planos de saúde	22
3	CONSIDERAÇÕES FINAIS	26
	REFERÊNCIAS	28

1 INTRODUÇÃO

A efetividade da proteção do consumidor tem sido um desafio constante dos mais diversos sistemas jurídicos, o que passa a exigir uma reflexão e acompanhamento constante das novas relações jurídicas de consumo.

O ordenamento jurídico estabelece o conceito de consumidor, assegurando-lhe, inclusive, direitos e garantias específicos. Contudo, a crescente transformação social e o implemento do desenvolvimento tecnológico e econômico nas relações interpessoais tem exigido a devida atenção do operador do direito para a tutela de sujeitos que tradicionalmente eram reconhecidos como consumidores comuns. A partir dessas premissas, torna-se relevante investigar sobre o conceito de consumidor idoso, promovendo uma releitura do sistema protetivo, considerando alguns objetivos.

A norma de consumo se efetivou no arcabouço legislativo brasileiro com o nítido propósito de promover a defesa e a proteção do consumidor. Nesse cenário ganha destaque na presente pesquisa a figura do consumidor e a necessidade de redefinir o seu conceito para fins de efetivação da tutela jurídica.

A problemática do tema em análise reside na verificação do consumidor idoso como sujeito de direito especial no mercado de consumo. A doutrina e a jurisprudência brasileira desenvolveram teorias para impor o reconhecimento da qualidade de consumidor a um sujeito de direito, além do conceito legal, definido no Código de Defesa do Consumidor (CDC), deixando passar, por vezes, de reconhecer de forma específica a qualidade de consumidor a certos sujeitos, também diferenciados pela sua vulnerabilidade e hipossuficiência, como é o caso do idoso.

No presente trabalho buscou-se evidenciar as diversas hipóteses de práticas abusivas desenvolvidas em desfavor do consumidor idoso a exigir uma atuação jurisdicional célere e efetiva para a sua proteção.

O que motivou a escolha do tema em análise foi a necessidade de se implementar uma efetiva proteção do consumidor, na sua expressão mais ampla. Os contornos traçados pelo legislador constituinte que concedeu o *status* de direito fundamental a defesa do consumidor no Brasil e a imposição de editar-se um CDC serão as diretrizes a serem seguidas na perspectiva de buscar a releitura do conceito de consumidor.

A forma do enfrentamento específico do tema por parte da doutrina e da jurisprudência, que há muito se dedicam apenas a identificar o conceito de consumidor previsto na lei, por si só justifica a necessidade de se discutir a respeito da ampliação do conceito de consumidor, promovendo,

inclusive, uma contribuição social relevante, no sentido de identificar e provocar reflexões sobre o comportamento de fornecedores e consumidores no mercado de consumo.

O que se percebe é que diversos sujeitos tem sido expostos a diversas práticas abusivas implementadas pelos fornecedores, que lhe provocam, por vezes, danos irreparáveis ou de difícil reparação e alguns desses sujeitos não estão previstos expressamente no conceito legal de consumidor. Nesse particular, não é possível observar o crescimento dessas práticas sem que o ordenamento jurídico ofereça mecanismo para proteger um sujeito portador de uma vulnerabilidade especial, como é o caso do consumidor idoso.

2 O SUJEITO DE DIREITO CONSUMIDOR

Torna-se relevante para o tema proposto investigar o sujeito consumidor, destinatário de tutela específica.

Para compreendermos adiante os mecanismo de proteção do consumidor idoso, impõe-se o enquadramento do consumidor, para fins de disposição legal, no âmbito das relações de consumo.

O consumidor é o elemento mais relevante da relação jurídica de consumo, pois o legislador constituinte lhe reservou tratamento especial. Para a devida adequação do presente escrito, cabe abordar a partir de então o conceito jurídico de consumidor, bem como evidenciar as teorias instituidoras do reconhecimento da qualidade de consumidor no direito brasileiro.

2.1 Conceito

No mundo jurídico, a tarefa de conceituar institutos ou até mesmo elementos jurídicos, em regra, é da doutrina. Todavia, no que pertine aos elementos da relação de consumo, andou bem o legislador aos delimita-los e conceitua-los nos termos das disposições do CDC.

Torna-se relevante para o tema proposto investigar o sujeito consumidor, destinatário de tutela específica.

A princípio, de fácil concepção, consumidor é definido legalmente no *caput* do art. 2º do CDC, nos seguintes termos: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

José Geraldo Brito Filomeno apresenta diversos conceitos de consumidor, sob várias perspectivas, dentre elas a econômica, a psicológica, sociológica e filosófica, sendo relevante destacar:

Sob o ponto de vista econômico, consumidor é considerado todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não, a seu turno, também produtor de outros bens. [...] Já do ponto de vista psicológico, considera-se consumidor o sujeito sobre o qual se estudam as reações a fim de individualizar os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. [...] Já do ponto de vista sociológico, é considerado consumidor qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de determinados bens e serviços, mas enquanto pertencente a uma determinada categoria ou classe social.²

² FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p. 24.

Como se percebe, diversas são as compreensões de consumidor. Todavia, nossa atenção irá recair, *a priori*, na abordagem jurídica do consumidor, na sua apresentação legal.

Dos termos alhures delineados em relação ao art. 2º do CDC, cabe destacar que o legislador afirmou que consumidor é toda pessoa física ou jurídica. Ou seja, no campo da identificação do sujeito, a qualidade de consumidor pode ser atribuída a pessoa natural (consumidor por excelência) e a pessoa jurídica.

No que toca a pessoa natural, ou seja, a pessoa física, vale registrar que é o sujeito que adquire produtos ou serviços para consumo próprio ou familiar, ao passo em que, em relação a pessoa jurídica, que deverá ser dotada de personalidade jurídica própria, na forma da legislação vigente, está incluíria-se no conceito de consumidor desde que adquira bens ou serviços para uso e consumo próprio.

A respeito do enquadramento da pessoa jurídica como consumidora, Felipe Peixoto Braga Netto³ acrescenta que “no Brasil, ao contrário de outros países, como a Alemanha, onde tal possibilidade inexistente, entre nós é possível que tenhamos um consumidor pessoa jurídica.”

Seguindo a dicção do *caput* do art. 2º do CDC, o legislador destacou que para aqueles sujeitos (pessoas físicas ou jurídicas) serem considerados consumidores, é preciso “adquirir ou utilizar” produtos ou serviços. O emprego das palavras adquirir e utilizar bem evidenciam uma caráter amplo na definição de consumidor. O que adquirir produtos ou serviços é reconhecido facilmente como consumidor, na medida em que possui um vínculo direto com o fornecedor, não deixando dúvidas de que ali existe uma relação jurídica de consumo consubstanciada.

Porém, a pessoa física ou jurídica na qualidade de consumidor que utiliza produtos ou serviços possui uma dimensão mais ampla. A qualidade de consumidor, nesses casos, é estendida para aquele que não possui um vínculo contratual direto com o fornecedor, como pode ser constatado na situação da pessoa ser presenteada, como exemplo.

No comando disposto no *caput* do art. 2º do CDC ganha destaque a expressão “destinatário final”, como sendo o elemento relevante para a identificação do sujeito consumidor. É bem verdade que o legislador não definiu o que vem a ser “destinatário final”, ficando a cargo da doutrina o mister de conceituar ou demonstrar o alcance da expressão.

No dizer de Felipe Peixoto Braga Netto, destinatário final:

É a necessidade, legalmente imposta, de que a aquisição do produto ou a fruição do serviço não ocorra com fins profissionais. Se uma empresa adquire de outra madeira pré-fabricada para confeccionar cadeiras de escritório, que serão posteriormente vendidas, não teremos, aí, uma relação de consumo, e sim um contrato empresarial.⁴

Percebe-se, assim, que o legislador ao implementar a expressão “destinatário final” no art. 2º do CDC quis externar que não basta ao consumidor retirar o produto do mercado de consumo, deve-se considerar que a aquisição ou a utilização do bem precisa ser final, ou seja, que ponha fim a cadeia de consumo.

Tomando as referências até aqui apresentadas, sem sombra de dúvidas, quem bem apresenta uma ponderação em relação ao conceito de consumidor é Claudia Lima Marques⁵ ao apontar que:

O consumidor é uma definição também ampla em seu alcance material. No CDC, o consumidor não é uma definição meramente contratual (o adquirente), mas visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais. Visa também defender toda uma coletividade vítima de uma publicidade ilícita, como a publicidade abusiva ou violadora da igualdade de raças, de credo e de idades no mercado de consumo, assim como todas as vítimas do fato do produto do fato do produto e do serviço, isto é, dos acidentes de consumo, tenham ou não usados os produtos e serviços como destinatários finais.

Cumprido destacar que o conceito de consumidor não está adstrito ao disposto no caput do art. 2º do CDC, como até então apresentado no presente trabalho. O legislador, visando alcançar sujeitos que também necessitam de uma proteção efetiva e diferenciada instituiu a figura do consumidor por equiparação, para aquelas hipóteses em que os sujeitos não estariam propriamente enquadrados nos termos do caput do referido diploma legal.

Frise-se, desde já, que embora tenha enquadrado como consumidores equiparados certos sujeitos, como adiante será demonstrado, o legislador consumerista assegurou-lhes o mesmo tratamento legal, garantindo a isonomia determinada constitucionalmente.

A primeira modalidade de equiparação está disposta no parágrafo único do art. 2º do CDC, quando o legislador buscou contemplar a coletividade de pessoas como destinatárias da tutela do CDC. Assim dispôs:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

³ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. 7ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Edições Juspodivm, 2012, p. 56.

⁴ Idem, p. 54

⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 68.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Em verdade, a referida equiparação evidencia a porta de entrada para a tutela coletiva no sistema jurídico de proteção e defesa do consumidor. Ao equiparar a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, a consumidor, permitiu o legislador uma efetivação da proteção, bem como uma objetivação do destinatário da norma tutelar.

Noutra quadra, assegura o legislador a qualidade de consumidor as vítimas de acidente de consumo. Nos termos do art. 17 da norma protetiva, dispôs que “equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

O evento mencionado no texto legal é o acidente de consumo, uma vez que o dispositivo legal está enquadrado na parte do CDC que normatiza a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço. Diversos exemplos poderiam aqui ser mencionados para bem ilustrar a referida modalidade de equiparação, como é o caso de acidente aéreo, em que não se discute a qualidade de consumidor (padrão) às pessoas que compraram o bilhete de passagem e estavam dentro da aeronave no momento do acidente, mas que se agasalha a tutela do CDC as vítima do acidente que não possuíam qualquer vínculo contratual com a companhia aérea, como no caso dos transeuntes que trafegavam pela via onde a aeronave veio a cair.

Como adverte Afrânio Carlos Moreira Thomaz:

Verifica-se assim que a lei estendeu a definição de consumidor a qualquer pessoa eventualmente atingida por acidente de consumo, mesmo que nada tenha utilizado ou adquirido do fornecedor, pelo que irrelevante perquerir sobre responsabilidade contratual ou extracontratual.⁶

O fato é que essa modalidade de equiparação apresenta vantagens significativas aos sujeitos contemplados com a equiparação, uma vez que lhes atribui uma gama de direitos e prerrogativas que eram apenas destinadas ao consumidor padrão, do *caput* do art.2º, tais como inversão do ônus da prova em seu favor, responsabilidade civil objetiva, foro do seu domicílio a seu favor nas ações de responsabilidade do fornecedor, dentre outras vantagens previstas no CDC.

Outra modalidade de equiparação para o conceito de consumidor está estampada no art. 29 do CDC, quando o legislador dispõe que “para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

⁶ THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. **Lições de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 64.

O legislador buscou contemplar as pessoas que estão de alguma forma expostas as práticas contratuais e comerciais apresentadas no CDC, mas que não possuam um vínculo com o fornecedor nos termos do *caput* do art. 2º, como descrito alhures.

Comentando o teor do art. 29 do CDC e, principalmente, a dimensão empregada pelo legislador, cabe destacar o posicionamento de Fábio Ulhoa Coelho:

O universo das pessoas albergadas por aquele dispositivo restringe-se aos consumidores em potencial. Com efeito, o consumidor é sempre pessoa determinável, posto que, de acordo com o conceito do art. 2º do CDC, ele adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Participante, pois, de um negócio, o consumidor sempre se pode identificar a partir do vínculo contratual firmado com o fornecedor. Ele é o comprador na compra e venda de bens, o mutuário, o segurado, etc. A equiparação procedida pelo art. 29 do CDC (...) refere-se àqueles que não são partes em contrato de consumo, mas que podem vir a ser. O legislador os submeteu à idêntica tutela reconhecida aos consumidores, no tocante às práticas comerciais e contratuais, por considerar que a proteção não estaria completa nesses campos se a restringisse apenas no momento posterior à celebração do contrato.⁷

Dessa última modalidade de equiparação, percebe-se, facilmente, que o reconhecimento da qualidade de consumidor por equiparação pode se efetivar tanto em uma fase pré-negocial quanto na fase contratual, haja vista que o consumidor equiparado pode ser exposto a mensagens publicitárias ilícitas, sem nem mesmo ter contratado, assim como pode ser exposto a uma prática abusiva, daquelas delineadas no Código, já tendo entabulado relação jurídica com o fornecedor.

Bem pondera Afrânio Carlos Moreira Thomaz ao tratar do art. 29 do CDC:

O preceptivo legal supra reproduzido tutela, portanto, a figura conhecida como consumidor potencial, em relação ao qual alguns doutrinadores adotam uma interpretação extensiva, atribuindo a proteção ali fixada também a relação jurídicas não-consumeristas, atinentes estritamente ao Direito Civil e ao Direito Empresarial. Segundo esse entendimento, o art. 29 do CDC abrangeria toda e qualquer relação obrigacional, sem criar distinção alguma entre consumidores e não-consumidores, pois onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.⁸

Para Claudia Lima Marques⁹, “a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores.”

Efetivamente, a intenção do legislador em conceituar o elemento consumidor justifica-se na medida em que é ele o destinatário da tutela normativa, sendo necessário bem definir o sujeito que precisa ser protegido no sistema de consumo.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 1, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2002, 312.

⁸ THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. **Lições de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 54.

⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 68.

2.1.1 Teorias instituidoras do reconhecimento da qualidade de consumidor

A doutrina consumerista, em verdade, com reflexos jurisprudenciais, enveredando esforços na compreensão do conceito de consumidor e o alcance da expressão destinatário final depositada no art. 2º do CDC, consubstanciou teorias que buscam delimitar o conceito de consumidor.

Visando identificar quem vem a ser consumidor e, portanto, destinatário da norma protetiva, passou-se a admitir duas correntes de pensamento, as desenvolvidas pelos maximalistas e pelos minimalistas, também denominada finalistas.

A corrente finalista propõe uma aplicação restritiva a expressão destinatário final, constante no caput do art. 2º do CDC, por considerar que as diretrizes protetivas no Código devem ser destinadas tão somente aquele sujeito vulnerável, que precisa de proteção, ou seja, o consumidor não-profissional.

No dizer de Leonardo de Medeiros Garcia, a corrente finalista pode ser entendida como a que emprega sentido a destinatário final como sendo:

O que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utiliza-lo (destinatário final fático), é aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, já que está transformando e utilizando o bem para oferece-lo, por sua vez, ao cliente, consumidor do produto ou serviço.¹⁰

A corrente finalista busca prestigiar o consumidor por excelência, aquele é que frágil, débil, vulnerável, que adquire o produto ou serviço para uso próprio ou familiar. Para essa concepção de restrição do conceito de consumidor, a intenção é evitar que a proteção do consumidor seja mitigada, em razão da incidência do CDC para o consumidor profissional.

Cláudia Lima Marques ensina que:

O destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para a revenda, não adquiri-lo para o uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso não haveria a exigida destinação final do produto ou serviço.¹¹

¹⁰ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**. Código comentado e jurisprudência. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2006, p. 7.

¹¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 253.

Uma parte da doutrina aponta a existência de um rigor excessivo em relação a teoria finalista, pois deixaria de contemplar típicos consumidores que adquirem bens ou serviços, mas que empregam, de alguma forma, em uma atividade profissional, como seria o caso de um engenheiro que adquire um computador para preparar os seus projetos ou até mesmo um professor que adquire um retroprojetor para utilizar em suas aulas.

Para os adeptos da teoria maximalista, a essência é ampliar o conceito de consumidor, de forma que seriam assim considerados todos aqueles que adquirissem um produto ou serviço do mercado, concedendo-lhe tão somente uma destinação final fática.

Os maximalistas defendem a ideia de que a norma protetiva deve se destinar ao maior número de pessoas, desde que adquiram produtos ou serviços como destinatário final.

Aponta Claudia Lima Marques que:

Os maximalistas viam nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que instituiu normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado.¹²

Para a teoria maximalista, os exemplos declinados acima, teriam a guarida do CDC. Diante desse enquadramento, também existem críticas doutrinária ao caráter expansionista da teoria maximalista, pois estaria a transformar a sistemática de proteção e defesa do consumidor em um sistema privado comum.

Por certo, existindo a teoria maximalista e a teoria finalista, haveriam situações que reclamariam do poder judiciário uma análise relativizada. Dai o STJ desenvolveu e acolheu o que foi denominada de teoria finalista mitigada, ou no dizer de Claudia Lima Marques¹³ finalismo aprofundado.

Para a teoria finalista mitigada, exigir-se-ia a presença dos dois sentidos da destinação final, como na finalista pura, quais sejam, a destinação final fática e a destinação final econômica. Porém, se o sujeito em análise não possuísse a destinação final econômica, mas evidenciasse a sua vulnerabilidade, mediante prova, seria lhe atribuído a condição de consumidor.

¹² MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 69.

¹³ Idem, p. 71.

Nesses termos, para a teoria finalista mitigada haveria a necessidade do consumidor fazer prova da sua vulnerabilidade, quando no sistema de consumo a vulnerabilidade é presumida, nos termos do art. 4º do CDC.

Por fim, cumpre apontar que o entendimento atual do judiciário é no sentido de acolher a teoria finalista mitigada ou ponderada, como delineado acima.

2.2 A TUTELA JURÍDICA DO CONSUMIDOR IDOSO

Estruturado de uma forma geral o trabalho, a partir da concepção histórica da defesa do consumidor, o conceito de consumidor e as teoria existentes no direito brasileiro, torna-se oportuno apresentar o tratamento jurídico concedido ao consumidor idoso, de forma a visualizar que esse sujeito de direito especial é portador de uma vulnerabilidade extrema.

Para tanto, o presente tópico buscara definir juridicamente o idoso e em seguida esboçar um traço do sistema jurídico de consumo destinado ao idoso.

2.2.1 A definição jurídica de idoso

A temática do idoso no sistema jurídico brasileiro, em si, não é nenhuma novidade, até porque o processo de envelhecimento humano é constante e tem despertado também a devida atenção do mundo jurídico.

Embora uma abordagem inicial sobre a questão etária exige uma intervenção de outras ciência, o Direito não poderia ficar alheio a essa crescente vertente do idoso, ainda mais pelo fato de cada vez mais o idoso entabular relações jurídicas nos mais diversos segmentos do Direito.

Por certo, o sistema jurídico brasileiro tardou para conceituar juridicamente o idoso. Bem da verdade, nem o texto constitucional identificou juridicamente esse sujeito especial de direito.

A doutrina utilizava critérios diversos para identificar a figura do idoso, considerando por vezes aspectos biológicos, etários, psicológicos, dentre outros. Porém, com a promulgação da Lei 8.842/1994, o consumidor passou a ter uma definição objetiva, conforme disposição expressa do art. 2º da referida norma, que assim dispõe: “Considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade.”

O idoso passou a partir da edição da lei 8.842 de 04 de janeiro de 1994 a contar com diretrizes públicas no propósito de fomentar uma atenção significativa e inclusiva da Gerontologia e da Geriatria como disciplinas curriculares nos cursos de formação superior, como um dos implementos da Política Nacional do Idoso.

O que se percebe é que algumas das intenções contempladas na norma alhures referenciada não estão sendo implementadas, em grande parte pela sua impropriedade. De forma coerente Nilson Tadeu Reis Campos Silva aponta que:

Por óbvio que dessa inexequível ação governamental deveria ser suprimida a, ainda que válida, intenção de informação, até porque a previsão de inserção de “nos currículos mínimos, nos diversos níveis do ensino fundamental, conteúdos voltados para o processo de envelhecimento, de forma a eliminar preconceitos e produzir conhecimentos sobre o assunto, já atende o propósito.¹⁴

Após a definição instituída pela Lei 8.842/1994, o legislador infraconstitucional consolidou a definição jurídica de idoso com o advento da Lei 10.741/2003, denominada de Estatuto do Idoso.

Assim como na norma anterior, ficou estabelecido no Lei 10.741/2003, que idosos são às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Sobre a definição jurídica, Roberto Mendes de Freitas Junior aponta que:

A Lei 10.741/2003, posteriormente, igualmente utilizou o critério biológico, de caráter absoluto, a passou a definir idoso como sendo a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. O texto não diferencia o idoso capaz, que se encontra em plena atividade física e mental, do idoso senil ou incapaz, considerando-os, todos, sujeitos protegidos pela nova legislação, denominada Estatuto do Idoso.¹⁵

Conclui-se assim que no Direito brasileiro qualquer pessoa ao atingir 60 anos de idade, passa a ser idoso para todos os fins legais.

2.2.2 A dignidade do consumidor idoso

Efetivamente é preciso reconduzir o estudo do direito aos viés constitucional. O sistema jurídico brasileiro está estruturado em uma base principiológica, da qual a essência é definida pelo princípio vetor da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.

¹⁴ SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. **Direito do idoso**. Tutela jurídica constitucional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 57.

¹⁵ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso**: doutrina, jurisprudência e legislação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

É certo que da disposição constante no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, chega-se a definição de que a dignidade da pessoa humana emana luzes para todo o sistema jurídico, exigindo do operador do direito a vigilância necessária quanto à valorização e proteção da dignidade da pessoa humana.

De forma relevante, cabe destacar o referido dispositivo constitucional:

Art. 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

A concepção de dignidade está associada à preservação e materialização de direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana impõe o reconhecimento de um mínimo existencial do ser humano que não pode ser atingido ou molestado.

Por certo, todo ser humano possui dignidade a ser tutelada. Todavia, não sequer aqui violar o direito fundamental da isonomia, mas, é certo, que o idoso tem a sua dignidade mais exposta, em razão de uma vulnerabilidade extrema, a reclamar uma tutela especial.

A essencialidade do respeito à dignidade do idoso está em assegurar-lhe o implemento dos seus direitos fundamentais, de forma que ali esteja mantido o respeito e a proteção aos seus direitos da personalidade.

Sem sombra de dúvida, existe uma ataque substancial a dignidade do consumidor idoso quando este é exposto a mensagem publicitária ilícita, quando tem o seu nome “negativado” indevidamente em órgãos de proteção ao crédito, quando recebe negativa indevida de autorização para procedimento médico por parte de plano de saúde, quando é vítima de práticas abusivas, quando adere a contratos de adesão com cláusulas abusivas, dentre tantas outras ofensas a dignidade do consumidor, que pelo fato de ser idoso, possui um abalo extremo.

O constituinte de 1988 atento a condição especial do consumidor e, também, do idoso, lhe reservaram tratamento específico no texto constitucional. Em relação ao consumidor, o legislador constituinte assegurou no art. 5º, XXXII, o enquadramento da defesa do consumidor como um direito fundamental. Nesse sentido, vigora o referido dispositivo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Como se evidencia, o legislador constituinte impôs um ônus ao Estado, promover a defesa do consumidor, tamanha a sua vulnerabilidade, a reclamar uma proteção especial.

Noutra quadra, reservou disposição específica em relação à tutela dos idosos. Vale dizer que o legislador constituinte foi claro e expresso no sentido de determinar a proteção efetiva da dignidade do idoso, tamanha a sua condição e posição especial na sociedade brasileira.

Nesse sentido, dispõe o art. 230 da Constituição Federal de 1988:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Percebe-se, inclusive, que se trata de um dever multi-setorial, na medida em que o encargo recai sobre a família, a sociedade e o Estado, de forma que todos devem assegurar a defesa da dignidade do idoso.

Da combinação dos referidos dispositivos constitucionais apresentados alhures, quais sejam, art. 1º, III; art. 5º, XXXII e art. 230 do texto constitucional, conclui-se que o consumidor idoso possui uma dignidade referencial, sendo um imperativo do sistema jurídico brasileiro a sua proteção, como uma diretriz fundamental da república Federativa do Brasil.

2.2.3 A vulnerabilidade extrema do consumidor idoso

A vulnerabilidade é uma marca essencial do consumidor, característica inerente a sua existência. Pelo simples fato do consumidor existir, já é considerado vulnerável, viés que no sistema de proteção e defesa do consumidor a vulnerabilidade é presumida. É uma presunção *juri et de juri*, ou seja, uma presunção legal e absoluta.

No CDC, em seu art. 4º, I, é reconhecida a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, como pedra angular do sistema protetivo. Nesse sentido aponta Felipe Peixoto Braga Netto:

A vulnerabilidade do consumidor fundamenta o sistema de consumo. É em razão dela que foi editado o CDC, que busca fazer retornar o equilíbrio a essa relação frequentemente desigual entre consumidor e fornecedor.¹⁶

A vulnerabilidade no sistema de consumo apresenta-se de formas diversas, sendo as mais apontadas pela doutrina a vulnerabilidade técnica, a vulnerabilidade fática e a vulnerabilidade jurídica.

A vulnerabilidade em si reclama uma atuação protetiva, pois ser vulnerável é estar em situação de perigo, exposto a risco. Essa é a posição do consumidor no mercado de consumo.

Ensina-nos Cláudia Lima Marques, que vulnerabilidade é:

um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direito, desequilibrando a relação.¹⁷

Percebe-se assim que a vulnerabilidade é um atributo geral de todo consumidor. Porém, a vulnerabilidade na sua essência, inclusive, como princípio do sistema de consumo, possui uma conotação ampla, que ultrapassa a ideia que ordinariamente é empregada em relação ao consumidor.

Patrão Neves, promovendo considerações em relação a vulnerabilidade bem adverte que:

a vulnerabilidade como princípio obriga, na sua acepção mais comum de característica particular, à proteção adequada dessa fragilidade acrescida, numa ação positiva que varia de acordo com as necessidades específicas; na sua acepção mais ampla de condição universal, obriga ao reconhecimento de que todas as pessoas são, de algum modo, vulneráveis, podendo todas serem “feridas” por outrem, pelo que, todas exigindo respeito no seu modo de ser, numa ação negativa, no distanciamento ou abstenção de qualquer prejuízo, mas também positiva, na exigência do zelo, do cuidado, da solicitude para com a vulnerabilidade.¹⁸

O idoso, como dito alhures, passou a ter no sistema jurídico brasileiro um conjunto normativo específico, voltado a inibir e erradicar os abusos cometidos contra esses sujeitos de direito definidos legalmente, assim como buscou implementar o campo de atuação para elidir as

¹⁶ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. 7ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Edições Juspodivm, 2012, p. 31.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 269-270.

¹⁸ NEVES, M. Patrão. **Sentidos da Vulnerabilidade**: característica, condição e princípio. In Revista Brasileira de Bioética. Vol. 2. N.2. 2006. Disponível na internet no site http://www.bioetica.catedraunesco.unb.br/htm/X%20-%20htm/biblio/htm_RBB/RBB%202-2/Art01.pdf. Acesso em 28.maio.2009, p. 169.

desigualdades que deixavam os idosos em condição de vulnerabilidade acentuada frente aos demais agentes da sociedade.

Cumprido ressaltar que o consumidor, por excelência, é vulnerável. Todavia, o consumidor idoso é portador de uma vulnerabilidade extrema, que lhe coloca em uma condição especial quando se propõe a entabular relações jurídicas de consumo.

A condição especial do consumidor idoso lhe torna mais suscetíveis às práticas abusivas no mercado de consumo, tendo em vista as típicas debilidades (emocionais, físicas, sociais, econômicas, etc.) que acompanham a idade avançada, de forma a exigir o reconhecimento da sua vulnerabilidade extrema.

Apontando a existência de uma vulnerabilidade diferenciada ao idoso, Claudia Lima Marques diz que:

Tratando-se de consumidor “idoso” (assim considerado indistintamente aquele cuja idade está acima de 60 anos) é, porém, um consumidor de vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma premente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de “planos” de serviços de assistência à saúde ou assistência funerária.¹⁹

A doutrina, como percebido, vem atribuindo o conceito de hipervulnerabilidade para correlacionar a peculiaridades de certos sujeitos na sociedade, como é o caso da criança, do enfermo e, no presente caso, do idoso.

O que se busca no presente escrito é evidenciar um novo conceito, o de vulnerabilidade extrema, que deve compreender mais adequadamente a real condição do consumidor idoso no mercado de consumo.

Vulnerabilidade extrema significa a condição limite da vulnerabilidade do ser humano. Em uma escala de graduação, a extremidade está no topo. Por essa circunstância, não é possível admitir flexibilização ou relativização da tutela do consumidor que se encontra nessa condição.

A condição do consumidor idoso é tão peculiar que o sistema jurídico lhe assegurou dois microsistemas jurídicos específicos, ambos de natureza tutelar, quais sejam, a Lei 8.078/1990 – CDC e a Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso.

¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 194.

2.2.4 As práticas abusivas comumente empreendidas em desfavor do consumidor idoso

O sistema de proteção e defesa do consumidor repudia as práticas abusivas, tendo em vista o nefasto dano provocado ao mercado de consumo e, em especial, ao consumidor, sujeito vulnerável e por vezes hipossuficiente nas relações de consumo.

Tamanha foi a preocupação do legislador infraconstitucional em querer proteger o consumidor das práticas abusivas, que instituiu como direito básico do consumidor a proteção quanto a essas condutas indesejadas dos fornecedores.

O CDC, no seu art. 6º, apresenta um rol não taxativo de direitos básicos do consumidor, dentre eles, destaca-se, justamente, o que determina a proteção contra práticas abusivas. Nesse sentido dispõe o referido dispositivo:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

Percebe-se assim que está integrado na esfera patrimonial do consumidor o direito de ser protegido contra “práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

É certo que a existência de práticas abusivas no mercado de consumo promovem um manifesto desequilíbrio das relações de consumo, implicando em ofensa ao consumidor, tendo em vista que esse é o sujeito fraco e vulnerável dessa relação jurídica.

No sistema de proteção e defesa do consumidor, as práticas abusivas, bem como as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, devendo ser afastada pelo controle administrativo e judiciário de proteção e defesa do consumidor.

O CDC realmente mudou a realidade do sistema de controle da abusividade no mercado de consumo. Claudia Lima Marques destaca que:

O CDC mais uma vez inova o ordenamento jurídico brasileiro e estabelece nos arts. 39,40 e 41 uma série de práticas comerciais que o legislador considera abusivas e, portanto, vedadas. O impacto desta novidade só não será maior em virtude do veto presidencial ao art. 45, o qual previa uma severa sanção (perdas e danos punitivos) para o descumprimento das normas do capítulo.²⁰

²⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 684.

Não obstante a informação do veto presidencial noticiado pela doutrinadora acima, cabe apontar que em razão do dever constitucional imposto ao Estado, o Poder Judiciário deve atuar de forma contundente e impor sanções efetivas aos fornecedores que cometem práticas abusivas e desleais no mercado de consumo.

O CDC, além de vedar a publicidade ilícita, aquela entendida como enganosa ou abusiva, que não deixa de ser uma prática abusiva no mercado de consumo, destinou atenção especial no art. 39, as ditas práticas abusivas, apresentando um rol exemplificativo de situações que são vedadas no mercado de consumo.

Com destaque, posiciona-se Claudia Lima Marques:

O CDC, além de proibir a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, estabelece no art. 39 uma lista de práticas comerciais proibidas. A lista apresenta 12 hipóteses. O antigo inciso X do art. 39, o qual indicava ser a lista apenas exemplificativa, foi vetado pelo Presidente da república, sob alegação de que este inciso tornava a norma “imprecisa” e era inconstitucional, tendo em vista a “natureza penal” do dispositivo. Mesmo discordando dos argumentos usados para impor o veto, devemos concluir, em uma interpretação a contrario, que a lista de práticas abusivas do art. 39 com o veto tornou-se uma lista exaustiva, podendo ser apenas complementada por outras normas, do CDC ou de leis especiais.²¹

Destacado os aspectos gerais das práticas abusivas no sistema de consumo, cabe apontar aquelas que comumente são empreendidas em desfavor do consumidor idoso, que em razão da sua idade avançada e da sua vulnerabilidade extrema, fica exposto de forma contundente a violações da sua dignidade e abusos praticados pelos fornecedores no mercado de consumo.

Cabe, de logo, destacar que o legislador infraconstitucional, no art. 39 da Lei 8.078/1990, contemplou expressamente que constitui prática abusiva valer-se da condição especial do consumidor em razão da sua idade para lhe impor produtos ou serviços. Assim dispõe o referido dispositivo legal:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

O consumidor idoso, em razão da sua idade e circunstâncias que a acompanham, fica exposto a abuso por parte de fornecedores maliciosos, que se aproveitam da necessidade do bem

estar do idoso para lhe impor produtos indesejados e, o que é pior, que não atendem o quanto prometido ou ofertado.

Pode-se destacar aqui caso ocorrido no Brasil, conforme noticiado no site de notícias G1, em que vendedores de determinada empresa ofertavam em lares que existiam idosos, almofadas térmicas milagrosas que prometiam a cura de diversas doenças, tais como “infartos, AVC, além de agir no sistema nervoso central, combatendo a insônia, irritabilidade, nervosismo e depressão”, das quais eram habitualmente acometidas pessoas idosas, a preços absurdos e, o que é pior, sem comprovação alguma científica de cura das referidas patologias.

A referida abusividade se agravava ainda mais na medida em que a venda era realizada mediante consignação junto ao benefício previdenciário que o consumidor idoso recebia do INSS, comprometendo, por vezes, a sua subsistência em razão de uma prática abusiva. No caso relatado, torna-se evidente a abusividade do fornecedor em aproveitar-se da condição de vulnerabilidade extrema do consumidor idoso, que alimenta no seu íntimo e, também, no dos seus familiares, a inevitável vontade de obter a cura das patologias descritas.

Cabe registrar, também, o celebre caso de golpe de venda de carros pela internet, em que são oferecidos em sites de anúncios especializados na venda de veículos semi-novos com preços altamente atrativos e, ao identificarem a condição de idoso do consumidor, implementam diversas circunstâncias para atrair a boa fé e a confiança do interessado na compra do veículo, exigindo-lhe depósitos prévios de valores para assegurar a venda, quando o carro sequer existe e é anunciado com fotos falsas, valendo-se, muitas vezes da dificuldade do consumidor idoso em saber operar transações eletrônicas, como é o caso denunciado pelo site Gazeta Digital. Nessas hipóteses, entende-se que há responsabilidade dos sites pelos anúncios veiculados, devendo indenizar o consumidor pelos prejuízos e danos injustamente experimentados.

Uma área que reclama atuação do estado no sentido de promover a proteção e defesa do consumidor idosos reside no meio bancário. Comumente os consumidores idosos são vítimas de abusos nesse segmento, quando entabulam relação jurídica com instituições financeiras.

A Lei 10.820/2003, que “dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências”, estabeleceu a possibilidade do idoso, titular de benefício previdenciário, autorizar a realização de consignado vinculado ao seu benefício, permitindo assim a concessão de créditos e outros serviços por instituições financeiras para consumidores idosos

²¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 686.

Dispõe o art. 6º da referida lei:

Art. 6º Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1º desta Lei, bem como autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS.

De fato, com a instituição dessa prática, alguns fornecedores bancários instituíram verdadeiros abusos contra os consumidores idosos, impondo elevadas taxas de juros, cobranças de tarifas e realizando vendas casadas, práticas vedadas pelo sistema de proteção e defesa do consumidor.

Efetivamente tem crescido o número de golpes implementados em desfavor de consumidores idosos, razão que motivou o Procon do Estado de São Paulo a elaborar uma cartilha explicativa dos direitos do consumidor idoso, indicando, inclusive, dicas para que esse consumidor especial se defenda de golpes usuais praticados no mercado.

Por certo, cabe além dos órgãos administrativos, ao próprio Poder Judiciário obstar práticas abusivas como essas aqui anunciadas.

2.2.5 O consumidor idoso e sua relação com os planos de saúde

O consumidor idoso, mas do que os outros, tem tido cada vez mais a imperiosa necessidade de celebrar contratos com empresas de seguro saúde privado, tendo em vista que, em muitas circunstâncias, o serviço público de saúde não lhes é prestado a contento.

Em razão disso cresce de forma substancial o número de consumidores idosos como clientes de empresas de saúde privada e por conta disso, muitas vezes, esse cliente diferenciado – consumidor idoso – é exposto a práticas abusivas.

De logo, cabe destacar, um conceito de empresa de assistência á saúde privada apresentado por Oscar Ernesto Garay:

Las Entidades de Medicina Prepaga son aquellas que, actuando en el ámbito privado, y sin estar sujetas contralor estatal, asumen el riesgo económico y la obligación asistencial de prestar los servicios de cobertura médico asistencial, conforme a un Plan de Salud, (que ofrecen) para la protección, recuperación y rehabilitación de la salud de los individuos que

voluntariamente contratan con las mismas, y que, como contraprestación, se obligan al pago de una cuota periódica.²²

Noutra sorte, é preciso identificar a natureza do contrato firmado entre o consumidor idoso, assim como os demais, com as empresas operadoras de saúde. Nesse particular, a dispensar maior exposição doutrinária, cabe, aqui, trazer a baila a lição concedida pela Ministra Fátima Nancy Andrigui, na lavratura de voto em Recurso Especial tombado sob o nº 989-380-RN, por bem sintetizar a natureza jurídica do referido negócio jurídico, quando afirma que:

O plano de assistência à saúde, apresenta natureza jurídica de contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso de despesas. Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente. Dessa forma, mês a mês, o consumidor efetua o pagamento das mensalidades para ter acesso à cobertura contratualmente prevista, o que, ao mesmo tempo lhe assegura o direito de, mês a mês, ter prestada a assistência à saúde tal como estabelecida na lei e no contrato. Assim, ao firmar o contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial à garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, será dada a cobertura nos termos em que contratada. A operadora, por sua vez, a qualquer momento, pode ser acionada, desde que receba mensalmente o valor estipulado na avença. Além da continuidade na prestação, assume destaque o dado da “catividade” do contrato de plano de assistência à saúde, reproduzida na relação de consumo havida entre as partes. O convívio ao longo de anos a fio gera expectativas para o consumidor no sentido da manutenção do equilíbrio econômico e da qualidade de serviços. Esse vínculo de convivência e dependência, movido com a clara afinidade de alcançar segurança e estabilidade, reduz o consumidor a uma posição de “cativo” do fornecedor.

Estruturada essa abordagem geral, cabe destacar que, quando da edição da Lei 9.656/1998, para regular os negócios jurídicos indicados acima, foram previstos dispositivos específicos em relação as pessoas idosas, *in casu*, o consumidor idoso.

Verificando os termos da referida norma, percebe-se que o legislador pretendeu assegurar ao consumidor idoso o direito a livre contratação, fruto do corolário da liberdade de contratar e da liberdade contratual, pilares da teoria geral dos contratos. Neste particular, cabe destacar o art. 14 da Lei 9.656/1998:

Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.

²² GARAY, Oscar Ernesto. **De la vejez, la medicina prepaga, las cláusulas abusivas y un fallo acertado**. Publicado

Veda-se, portanto, a conduta discriminatória do fornecedor de serviços de assistência à saúde. Tal inserção legal apresenta-se de forma relevante, uma vez que tem sido evidenciado no mercado de consumo que esse perfil de consumidor não tem interessado aos fornecedores desse segmento de serviço.

É cediço, também, que algumas operadoras de saúde privada impõe exigências descabidas aos consumidores idosos, muitas vezes no propósito de força-los ao inadimplemento, para justificar um cancelamento unilateral do plano, principalmente no caso de planos antigos, para força-los a aderirem as novas exigências do mercado.

Além de assegurar a contratação dos referidos serviços por parte dos consumidores idosos, a lei ainda estabeleceu vedação ao reajuste das prestações do plano de forma arbitrária. Nesse sentido é a redação do art. 15 da Lei 9.656/1998:

Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

Uma celeuma foi criada a partir do teor do referido dispositivo que faz menção expressa ao art. 35-E ad mesma norma, que teve sua eficácia obstada por força de ordem judicial, que discute a sua inconstitucionalidade.

As empresas do segmento não aceitam a intervenção legal no sentido de obstar os reajustes dos contratos de saúde privada em razão da mudança de faixa etária, quando o consumidor passa a ser enquadrado como consumidor idoso. Para solidificar a discussão, o próprio Estatuto do Idoso, em dispositivo específico, cuidou de vedar o reajuste quando o consumidor alcança a idade contemplada na norma estatutária. Nesse sentido é o teor da norma:

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

[...]

§ 3o É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Como se evidencia a norma é clara no sentido de proibir os reajustes em razão da idade do consumidor a partir dos 60 anos. O questionamento que cabe em situação como essa é no sentido de se tal proibição alcança os contratos celebrados antes da vigência do estatuto do Idoso ou somente alcançaria aqueles firmados pós vigência da referida norma.

Por certo, sustenta-se que o Estatuto do Idoso é norma de ordem pública e de caráter especial em relação às pessoas idosas, tendo incidência para ambos os contratos, nos períodos referenciados.

Vale, ainda, registrar, que nas hipóteses de reajustes abusivos e desproporcionais, ainda que não seja por conta da contemplação dos 60 anos, caberá atuação do Poder Judiciário para conter o abuso e restabelecer a comutatividade no negócio jurídico contratual, com base nas disposições do CDC, em especial, na disposição do art. 51, que apresenta rol não taxativo de cláusulas abusivas.

Outras situações abusivas podem ser apontadas nas relações das operadoras de assistência à saúde privada e o consumidor idosos, como é o caso da limitação de internamento em UTI, pois além de afrontar diretamente a dignidade do consumidor idoso, configura efetivamente uma prática de abuso de direito do fornecedor.

É pertinente aqui dizer que o sistema jurídico atual, inclusive o microsistema de consumo autoriza a elaboração de cláusulas limitativas do direito do consumidor em contratos de consumo, desde que tais disposições não comprometam a substância do contrato, sejam previamente e em destaque informada ao consumidor, não violem a boa fé e a função social do contrato, sobre pena do seu uso caracterizar-se como abusivo e, portanto, serem declaradas nulas de pleno direito.

Circunstância comum reside na hipótese do plano de saúde promover a negativa abusiva de cobertura de procedimentos médicos e uso de próteses ligadas ao ato cirúrgico. Infelizmente, embora exista previsão normativa no sentido de obstar tal corriqueira prática, os consumidores idosos ainda sofrem com essa realidade, encontrando tão somente no Poder Judiciário a guarida para a tutela de seus direitos.

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

[...]

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico.

O que se observa da melhor hermenêutica jurídica é que da disposição legal acima, se evidencia que toda e qualquer prótese ligada a ato cirúrgico com cobertura pelo plano está contemplada, também, na cobertura, de forma que eventual negativa apresenta-se de forma abusiva. Não bastasse a referida disposição presente em norma especial, o próprio CDC, no art. 51, que evidencia exemplos de cláusulas abusivas, já encarregava de efetivar tal controle. A relação entabulada entre o consumidor idoso e as operadoras de assistência saúde privada, por certo, não são das melhores, tendo em vista a vulnerabilidade extrema daqueles, o que exige do operador do direito uma análise do sistema de proteção e defesa do consumidor, para lhes assegurar a tutela jurídica necessária.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Promovida a devida análise do sistema jurídico de proteção e defesa do consumidor no presente escrito, pode-se apresentar as seguintes considerações finais.

Ao longo da história o sujeito consumidor experimentou diversas situações de abuso e de violação da sua essência e dignidade como ser humano, de forma que tornou-se um caminho inevitável a estruturação do Estado no propósito de constituir e salvaguardar os direitos desse sujeito de direito.

Com essa necessidade, o sistema jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, concedeu posição de destaque a defesa do consumidor, elevando-a a condição de direito fundamental.

Com esse norte constitucional, o legislador infraconstitucional editou a Lei 8.078/1990, denominando-a de Código de Defesa do Consumidor, no propósito de promover a harmonização nas relações de consumo e efetivar a defesa do consumidor no mercado de consumo.

A partir do advento da referida norma, o sistema jurídico passou a tutelar um sujeito de direito especial: o consumidor. Reconhecido legalmente como vulnerável, a exigir uma sistematização tutelar, diante das diversas circunstâncias abusivas da qual era corriqueiramente vítima.

Porém, embora o legislador tenha conceituado o sujeito consumidor, a identificação desse sujeito de direito tem reclamado uma dilação dos limites conceituais, reconhecendo em outros

sujeitos também especiais a qualidade de consumidor a reclamar uma atenção especial do mundo jurídico, como é o caso do consumidor idoso.

Neste particular, com também previsão constitucional de proteção, a pessoa idosa ganhou no sistema jurídico brasileiro uma gama de ações protetivas a partir da implementação da Política Nacional de Idoso, que se consolidaria com a edição do Estatuto do Idoso, norma de ordem pública.

Sob esse viés protetivo, depara-se um sujeito portador de uma vulnerabilidade extrema, o consumidor idoso. Da convergência normativa do CDC e do Estatuto do Idoso, encontra-se o arcabouço normativo protetivo desse sujeito especial.

A razão dessas intervenções normativas de natureza tutelar se justifica na medida em que o consumidor idoso, hodiernamente, tem sido alvo de severas práticas abusivas no mercado de consumo, quer no campo contratual geral, quer em segmentos específicos, como na atividade bancária e na atividade desenvolvidas pelos fornecedores de assistência a saúde privada.

Assim, consideramos que o consumidor idoso dispõe de um acervo normativo relevante em seu favor. Todavia, de nada adiantará a presença de tais instrumentos protetivos se a mentalidade dos integrantes do mercado de consumo não mudar, no sentido de não realizar práticas abusivas e atentatórias a dignidade do consumidor idoso e, também, se o Poder judiciário e os órgãos administrativos competentes não fiscalizarem e punirem com rigor os fornecedores que tanto abusam dos consumidores idosos.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. 7ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Edições Juspodivm, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. **Lei 8.078/1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 8.848**, de 04.01.1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idosos e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 9.656/1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

BRASIL. **Lei 10.741/2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 10.820/2003**. Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 989.380-RN**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 20 nov. 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4306200&num_registro=200702161715&data=20081120&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 mar. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 1, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas S.A., 2007.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

G1. <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL140138-5598,00-APOSENTADOS+E+PENSIONISTAS+SAO+VITIMAS+DE+GOLPE+NO+RS.html>. Acesso em 04 de março de 2014.

GARAY, Oscar Ernesto. **De la vejez, la medicina prepaga, las cláusulas abusivas y un fallo acertado**. Publicado en: LA LEY 14/10/2010, 14/10/2010, 6 - LA LEY2010-E, 565 - LLP 2011 (febrero), 01/02/2011. Cita Online: AR/DOC/6978/2010.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**. Código comentado e jurisprudência. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

GAZETA DIGITAL.

<http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/3/materia/132874/t/idoso-cai-em-golpe-da-venda-via-internet>. Acesso em 04 de março de 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

_____. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Organização de Ingo Sarlet. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 194.

NEVES, M. Patrão. **Sentidos da Vulnerabilidade**: característica, condição e princípio. In Revista Brasileira de Bioética. Vol. 2. N.2. 2006. Disponível na internet no site http://www.bioetica.catedraunesco.unb.br/htm/X%20-%20htm/biblio/htm_RBB/RBB%202-2/Art01.pdf. Acesso em 28.maio.2009, p. 169.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. **Direito do idoso**. Tutela jurídica constitucional. Curitiba: Juruá, 2012.

THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. **Lições de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.